

# Der Einbettung des Verfassungsstaates in europäische und internationale Verfassungsstrukturen

*Astrid Epiney*

**Dieser Beitrag wurde erstmals wie folgt veröffentlicht:**

***Astrid Epiney, Die Einbettung des Verfassungsstaates in europäische und internationale Verfassungsstrukturen, in: Georg Kreis (Hrsg.), Erprobt und entwicklungsfähig. Zehn Jahre neue Bundesverfassung, Zürich 2009, S. 187-200. Es ist möglich, dass die Druckversion – die allein zitierfähig ist – im Verhältnis zu diesem Manuskript geringfügige Modifikationen enthält.***

## **I. Einleitung**

Staaten und ihre Funktionen – und damit auch Verfassungsrecht und seine Funktionen – haben sich in den letzten Jahrzehnten in verschiedener Hinsicht massgeblich weiterentwickelt. Eine dieser Entwicklungen findet ihren Hintergrund in der zunehmenden Interdependenz der Staaten: Zahlreichen Herausforderungen kann letztlich nur im Rahmen einer wie auch immer organisierten Staatengemeinschaft begegnet werden. Insofern können die Staaten isoliert zur Wahrung von Sicherheit, Wohlstand und Rechtsstaatlichkeit lediglich einen Beitrag leisten. Durch die Einbindung und Einbettung in internationale und supranationale Strukturen und Rechtsordnungen tragen die Staaten diesem Befund Rechnung, eine Entwicklung, die auch mit dem Begriff der „offenen Staatlichkeit“ zusammengefasst wird.<sup>1</sup> Nichtsdestotrotz bleiben die Staaten als zentrale Akteure im internationalen Ordnungsgefüge bestehen und spielen eine wichtige Rolle; hieran ändern auch alle Bestrebungen, ein „internationales Verfassungsrecht“ bzw. eine „Globalverfassung“ oder ein Übergang des Völkerrechts zum „Weltrecht“ zu postulieren,<sup>2</sup> nichts,<sup>3</sup> ganz abgesehen davon, dass mit diesen Begriffen bzw. Konzepten ganz unterschiedliche Inhalte verbunden werden.

Die heute wohl weitgehend unbestrittene Notwendigkeit einer „offenen Staatlichkeit“, die den Staaten aus rechtlicher Sicht eine verlässliche Einbettung in internationale und supranationale Normstrukturen ermöglicht, muss vor diesem Hintergrund notwendigerweise ihren Geltungs-

---

<sup>1</sup> Vgl. insbesondere *Stephan Hobe*, Der offene Verfassungsstaat zwischen Souveränität und Interdependenz, 1998; s. ansonsten aus der mittlerweile fast unüberschaubaren Literatur jeweils m.w.N. etwa *Frank Schorkopf*, Grundgesetz und Überstaatlichkeit, 2007; *Volker Röben*, Aussenverfassungsrecht, 2007; *Brun-Otto Bryde*, Konstitutionalisierung des Völkerrechts und Internationalisierung des Verfassungsrechts, Der Staat 2003, 1 ff.; *Udo Di Fabio*, Der Verfassungsstaat in der Weltgesellschaft, 2001; *Jack L. Goldsmith*, Liberal Democracy and Cosmopolitan Duty, Stanford L. Rv. 2003, 1667 ff.; *Ronald St. John MacDonald/Douglas M. Johnston* (Hrsg.), Towards World Constitutionalism: Issues in the Legal Ordering of the World Community, 2005.

<sup>2</sup> S. jüngst, stellvertretend für viele, *Angelika Emmerich-Fritsche*, Vom Völkerrecht zum Weltrecht, 2007, *passim*.

<sup>3</sup> Vgl. hierzu und i. Erg. ähnlich wie hier sehr instruktiv *Ulrich Haltern*, Was bedeutet Souveränität?, 2007, insbes. 15 ff.; s. i.Erg. ebenso *Daniel Thürer*, Kosmopolitisches Staatsrecht, 2005, 66 f.

und Ausgangspunkt im nationalen Verfassungsrecht finden. Im folgenden Beitrag geht es darum, diese Anhaltspunkte in der schweizerischen Bundesverfassung aufzuzeigen und zu bewerten.

## **II. Ausgangspunkt: Bezüge zur internationalen Ordnung in der Verfassung – ein Überblick**

Der Bundesverfassung lässt sich klar eine Offenheit in Bezug auf die internationale Einbindung der Schweiz entnehmen, woran auch der Umstand nichts ändert, dass manche Verfassungsartikel in ihrer genauen rechtlichen Tragweite nicht ganz klar sind und so manche Probleme (noch) nicht abschliessend geklärt sind. Die „internationale Orientierung“ der Verfassung kommt in erster Linie<sup>4</sup> in folgenden Verfassungsbestimmungen zum Ausdruck:

- Schon die Präambel betont die „Offenheit gegenüber der Welt“.
- Der Zweckartikel nimmt Bezug auf den Einsatz der Schweiz für eine „friedliche und gerechte internationale Ordnung“ (Art. 2 Abs. 4 BV). In Art. 54 Abs. 2 BV wird dieser Aspekt ausgeführt und präzisiert, indem dem Bund aufgetragen wird „zur Linderung von Not und Armut in der Welt, zur Achtung der Menschenrechte und zur Förderung der Demokratie, zu einem friedlichen Zusammenleben der Völker sowie zur Erhaltung der natürlichen Lebensgrundlagen“ beizutragen.
- Nach Art. 5 Abs. 4 „beachten“ Bund und Kantone das „Völkerrecht“.
- Art. 139 Abs. 2, Art. 193 Abs. 4, Art. 194 Abs. 2 BV ist zu entnehmen, dass Revisionen der Verfassung „zwingende Bestimmungen des Völkerrechts“ nicht verletzen dürfen; Initiativen auf Teilrevision der Verfassung sind im Falle der Nichtbeachtung dieser Vorgabe für ganz oder teilweise nichtig zu erklären.<sup>5</sup>
- Art. 140 Abs. 1 BV sieht das obligatorische Referendum von Volk und Ständen u.a. für den Beitritt zu Organisationen für kollektive Sicherheit oder zu supranationalen Organisationen vor, während Art. 141 Abs. 1 lit. d BV gewisse völkerrechtliche Verträge dem fakultativen Referendum unterstellen.
- Nach Art. 190 BV ist (neben den Bundesgesetzen) das Völkerrecht für das Bundesgericht und die anderen rechtsanwendenden Behörden massgebend.

Die normative Dichte und damit die rechtliche Tragweite der genannten Bestimmungen variieren teilweise beträchtlich: Präambel und der Zweckartikel sowie Art. 54 Abs. 2 BV sind wohl eher im Sinne von Staatszielbestimmungen zu verstehen, die noch einer (rechtlichen) Konkretisierung bedürfen, so dass sie das staatliche Handeln zwar leiten und bei der

---

<sup>4</sup> Ausgespart werden in der folgenden Auflistung insbesondere die Bestimmungen zur Kompetenzverteilung zwischen den Bundesorganen und zwischen Bund und Kantonen in der Aussenpolitik.

<sup>5</sup> Vgl. hierzu noch unten III.2.b).

Auslegung anderer Verfassungsbestimmungen heranzuziehen sind, ihnen jedoch keine normativ präzisierbaren (im Sinne von Tatbestand und genauer Rechtsfolge) „Handlungsaufträge“ zu entnehmen sind. Diese normative Unbestimmtheit ändert aber nichts an der rechtlichen Verbindlichkeit der genannten Bestimmungen.<sup>6</sup> Die sonstigen erwähnten Verfassungsartikel enthalten jedoch als solche normativ präzise umschriebene Vorgaben, die den Adressaten der jeweiligen Bestimmungen entsprechende Verpflichtungen aufgeben, wenn auch zuzugeben ist, dass die „Beachtungspflicht“ des Art. 5 Abs. 4 BV nicht ganz klar formuliert ist.

Die zitierten Verfassungsbestimmungen lassen insgesamt eine bemerkenswerte Offenheit der Verfassungsordnung in Bezug auf die Einbindung in die internationale Gemeinschaft erkennen, die in erster Linie auf drei Ebenen anzusiedeln ist:

- Erstens nehmen die Zielbestimmungen der Verfassung, aber auch der Hinweis auf das zwingende Völkerrecht, die Grundziele und -werte der Völkerrechtsordnung – so wie diese sich seit Ende des Zweiten Weltkriegs entwickelt hat – auf und verankern sie auf verfassungsrechtlicher Ebene. Aufgrund der Offenheit der verwandten Begriffe und ihrer sichtlichen Anlehnung an die völkerrechtliche Terminologie (so etwa „Demokratie“, „Friede“, „Erhaltung der natürlichen Lebensgrundlagen“, „Menschenrechte“) ist davon auszugehen, dass sich die Auslegung dieser Begriffe und Zielsetzungen im Zuge der Weiterentwicklung des Völkerrechts dynamisch entwickeln und damit auch wandeln kann.
- Zweitens ergibt sich aus verschiedenen Verfassungsbestimmungen (Art. 5 Abs. 4, Art. 89, Art. 190 BV), dass das Völkerrecht – wobei man wohl hinzufügen muss, das für die Schweiz verbindliche Völkerrecht – in der Schweiz anzuwenden und zu beachten ist, womit auf das monistische Verständnis der schweizerischen Verfassungsordnung Bezug genommen wird.<sup>7</sup>
- Drittens schliesslich lassen die Bestimmungen über das obligatorische und fakultative Referendum erkennen, dass die Schweiz nicht nur – wie schon seit Beginn des Bundesstaates – völkerrechtliche Verträge abschliessen kann, sondern dass ihr auch die Einbindung bzw. Mitgliedschaft in internationalen und supranationalen Organisationen offen steht.

Hingegen trifft die Verfassung keine Aussage über die Zielsetzungen der schweizerischen Europapolitik oder gar über die Frage, ob die Mitgliedschaft in der Europäischen Union ein Ziel der schweizerischen Aussenpolitik ist. Zurückzuführen ist diese „Diskretion“ auf das Konzept der „Nachführung“ der Verfassung, in deren Rahmen die „Europafrage“ bewusst

---

<sup>6</sup> Allenfalls mit Ausnahme der Präambel, wobei eine solche Trennung zwischen Präambel und den „echten“ Verfassungsbestimmungen aber zu Recht als „künstlich“ bezeichnet wurde, vgl. *Thürer*, Kosmopolitisches Staatsrecht (Fn. 3), 70, bei Fn. 7.

<sup>7</sup> Hierzu noch unten III.1.

ausgeklammert wurde,<sup>8</sup> so dass aus diesem Stillschweigen jedenfalls nicht eine irgendwie geartete Stellungnahme gegen eine EU-Mitgliedschaft der Schweiz gefolgert werden darf, die verfassungsrechtlich jedenfalls zulässig ist bzw. wäre.<sup>9</sup>

### III. Insbesondere: zur Ausgestaltung des „offenen Verfassungsstaates“ in der Schweizerischen Bundesverfassung

#### 1. Grundlage: der monistische Ansatz der Verfassung

Aus den oben erwähnten Bestimmungen der Bundesverfassung – insbesondere Art. 189, 190 BV<sup>10</sup> – erschliesst sich schon, dass die schweizerische Verfassungsordnung der monistischen Konzeption – wonach Völkerrecht und Landesrecht Teil einer einheitlichen Rechtsordnung sind – folgt. In der bundesgerichtlichen Rechtsprechung ist denn auch anerkannt, dass völkerrechtliche Verträge mit ihrem Inkrafttreten auf völkerrechtlicher Ebene auch landesrechtliche Geltung erlangen.<sup>11</sup>

Auf dieser Grundlage können bestimmte völkerrechtliche Bestimmungen auch unmittelbar anwendbar sein, d.h. sich nicht nur an staatliche Behörden wenden, sondern auch die Rechtsstellung Einzelner regeln. Nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung<sup>12</sup> – wobei das Bundesgericht bei der Anerkennung der unmittelbaren Anwendbarkeit im Vergleich zur Praxis in anderen Staaten insgesamt recht grosszügig verfährt – ist eine solche unmittelbare Anwendbarkeit unter folgenden Voraussetzungen zu bejahen:

- Die Bestimmung betrifft die Rechtsstellung Einzelner, räumt ihnen also Rechte ein oder erlegt ihnen Pflichten auf.

<sup>8</sup> Vgl. Botschaft des Bundesrates über eine neue Bundesverfassung vom 20. November 1996, BBl 1997 I/a, 543. Hierzu weiter *Giovanni Biaggini*, Das Verhältnis der Schweiz zur internationalen Gemeinschaft, AJP 1999, 722 (724 ff.).

<sup>9</sup> Zum „Integrationshebel“ des Art. 140 Abs. 1 lit. b BV noch unten III.3.

<sup>10</sup> Weiter ergibt sich der Monismus auch aus dem Umstand, dass völkerrechtliche Verträge nicht in Bundesgesetze „umgewandelt“ werden müssen, sondern als solche anwendbar sind, und dass die Bundesversammlung Verträge nicht im Gesetzgebungsverfahren, sondern durch (einfachen) Bundesbeschluss, vgl. Art. 163 Abs. 2 BV, genehmigt.

<sup>11</sup> Vgl. schon BGE 7 782; s. ansonsten etwa BGE 122 II 234 Erw. 4a; BGE 120 Ib 360 Erw. 2c; aus der Literatur etwa *Thürer*, Kosmopolitisches Staatsrecht (Fn. 3), 76 f.; *Daniel Thürer/Binh Truong/Felix Schwendimann*, in: Bernhard Ehrenzeller/Philippe Mastroradi/Rainer J. Schweizer/Klaus A. Vallender (Hrsg.), Die Schweizerische Bundesverfassung, Kommentar, 2. Aufl. 2008, Art. 184, Rz. 16; *Yvo Hangartner*, in: ebd., Art. 5 Rz. 45; *Alberto Achermann*, Der Vorrang des Völkerrechts im schweizerischen Recht, in: Thomas Cottier/Alberto Achermann/Daniel Wüger/Valentin Zellweger, Der Staatsvertrag im schweizerischen Verfassungsrecht. Beiträge zu Verhältnis und methodischer Angleichung von Völkerrecht und Bundesrecht, 2000, 33 (38 f.).

<sup>12</sup> Vgl. z.B. BGE 118 Ia 116 f. Erw. 2b; BGE 124 III 91 Erw. 3a. Aus der Literatur umfassend zum Problemkreis *Daniel Wüger*, Anwendbarkeit und Justiziabilität von Normen im schweizerischen Recht. Grundlagen, Methoden und Kriterien, 2005; *Yvo Hangartner*, Unmittelbare Anwendbarkeit völker- und verfassungsrechtlicher Normen, ZSR 2007 I, 137 ff.

- Die Bestimmung ist justiziabel, weist also eine hinreichende Konkretheit, inhaltliche Bestimmtheit und Klarheit auf, so dass sie als solche von der Behörde oder dem Gericht angewandt werden kann.
- Die Bestimmung richtet sich an die rechtsanwendenden Behörden, die in einem konkreten Fall eine auf diese gestützte Entscheidung fällen können.

Diese Grundsätze der schweizerischen Verfassungsordnung – die sich notabene aus dieser ergeben, nicht etwa aus dem Völkerrecht, das es den Staaten freistellt, wie sie ihren völkerrechtlichen Verpflichtungen nachkommen wollen – haben sich insgesamt in der Rechtsanwendung wohl bewährt. Sie tragen auch zur Effektivität des Völkerrechts und seiner Beachtung bei, wird den rechtsanwendenden Behörden und dem Richter doch aufgegeben, für die Schweiz verbindliches Völkerrecht als solches zu beachten und es ggf. unmittelbar anzuwenden, ohne dass ein irgendwie gearteter Transformationsakt notwendig wäre. Im Sinne des Grundsatzes des Art. 5 Abs. 4 BV – wonach das Völkerrecht zu beachten ist – erscheint die Wahl dieses effektiven Weges konsequent. Es ist nicht ersichtlich, aus welchem Grund ein Wechsel zum dualistischen System – das eine Transformation des Völkerrechts in nationales Recht bedingte, wobei die Einzelheiten hier ggf. festzulegen wären – angezeigt wäre; die diesbezüglichen politischen Diskussionen, die periodisch geführt werden,<sup>13</sup> lassen jedenfalls keine diesbezüglichen Argumente erkennen; vielmehr kann man sich des Eindrucks nicht verwehren, dass entsprechende politische Vorstösse das Ziel verfolgen, die Effektivität und Beachtung des Völkerrechts in der Schweiz zu vermindern. Ein solches Anliegen steht aber mit dem geltenden Verfassungsrecht, sowohl mit den erwähnten Verfassungsbestimmungen als auch mit dem Rechtsstaatsprinzip, in klarem Konflikt: Entscheidet sich die Schweiz zum Abschluss völkerrechtlicher Verträge (wozu sie ja nicht gezwungen ist) nach den einschlägigen verfassungsrechtlichen Grundsätzen (unter Einschluss der diesbezüglich recht weit reichenden Volksrechte), so sollten diese nach dem Grundsatz der „Parallelität der Verfahren“ nur nach Durchlaufen der einschlägigen (völkerrechtlichen) Verfahren wieder beendet werden können.

## 2. *Völkerrecht und Landesrecht*

### a) Grundsatz

Zwar beansprucht das Völkerrecht als solches insofern „absolute“ Geltung, als kein Staat sich unter Berufung auf sein innerstaatliches Recht seinen völkerrechtlichen Verpflichtungen entziehen kann. Jedoch sind dem Völkerrecht keine Aussagen über das Hierarchieverhältnis

<sup>13</sup> So etwa besonders intensiv im Sommer 2007, wobei auch der damalige Justizminister Christoph Blocher am Aufkommen der Diskussion einen gewichtigen Anteil gehabt haben dürfte. Vgl. die Berichte in NZZ vom 15. August 2007.

von Völker- und Landesrecht zu entnehmen (dies im Gegensatz insbesondere zum europäischen Gemeinschaftsrecht); vielmehr bestimmt sich dieses nach nationalem (Verfassungs-) Recht. Allerdings lassen sich auch aus der monistischen Konzeption als solcher noch keine diesbezüglichen Aussagen entnehmen.<sup>14</sup>

Die schweizerische Bundesverfassung beantwortet die Frage nach dem Vorrang bzw. dem Rang des Völkerrechts nicht ausdrücklich; gute Gründe sprechen aber dafür, aus der Verfassung – insbesondere dem Rechtsstaatsprinzip – eine implizite Verankerung des Vorrangs abzuleiten.<sup>15</sup> Aber unabhängig von dieser grundsätzlichen Frage gehen sowohl das Bundesgericht als auch die herrschende Lehre von einem grundsätzlichen Vorrang des Völkerrechts aus; dieser gilt jedenfalls für das Verhältnis von Völkerrecht und kantonalem Recht, Erlassen unterhalb der Stufe von Bundesgesetzen und allgemeinverbindlichen Bundesbeschlüssen sowie (vgl. Art. 190 BV) früheren Bundesgesetzen und früherem Verfassungsrecht. Aber auch im Verhältnis von Völkerrecht einerseits und (jüngeren) Verfassungsrecht sowie jüngeren Bundesgesetzen andererseits kommt ein grundsätzlicher Vorrang zum Zuge,<sup>16</sup> der im Falle der Bundesgesetze durch die in der Praxis kaum relevante „Schubert-Rechtsprechung“<sup>17</sup> etwas und in dogmatisch kaum überzeugender Weise relativiert wird.<sup>18</sup>

Insgesamt kann diese grundsätzliche Anerkennung des Vorrangs des Völkerrechts als wesentlicher Teil der Einbettung der Schweiz in die internationale Rechtsordnung begriffen werden, der zum Ausdruck bringt, dass auf der Grundlage der geltenden Verfassungsordnung auch innerstaatlich den für die Schweiz verbindlichen völkerrechtlichen Regelungen eine grösstmögliche Wirksamkeit beigemessen werden soll. Hieran vermag auch der nach wie vor bestehende Streit um die „Schubert-Rechtsprechung“ nichts zu ändern, zumal derartige „echte“ Konflikte in der Praxis in Bezug auf Bundesgesetze kaum je relevant werden; vielmehr können die meisten Fälle durch den Grundsatz der völkerrechtskonformen Auslegung gelöst werden.

b) Insbesondere: „völkerrechtswidrige Volksinitiativen“

---

<sup>14</sup> Vgl. nur *Achermann*, in: Staatsvertrag (Fn. 11), 33 (39 f.).

<sup>15</sup> Vgl. mit ausführlicher Begründung *Astrid Epiney*, Das Primat des Völkerrechts als Bestandteil des Rechtsstaatsprinzips, ZBL 1994, 537 ff. Vgl. aber auch das Plädoyer für einen „generellen Vorrang des Völkerrechts mit Abwägungsvorbehalt in Ausnahmefällen“ bei *Thürer*, Kosmopolitisches Staatsrecht (Fn. 3), 79 ff.

<sup>16</sup> Vgl. etwa die Formulierung in BGE 125 II 417 Erw. 4d: „Diese völkerrechtlichen Prinzipien sind in der schweizerischen Rechtsordnung unmittelbar anwendbar (...). Daraus ergibt sich, dass im Konfliktfall das Völkerrecht dem Landesrecht prinzipiell vorgeht.“ S. weiter zum grundsätzlichen Vorrang der EMRK BGE 117 Ib 367. Die Schubert-Praxis dürfte damit jedenfalls im Verhältnis zwischen Bundesgesetzen und EMRK oder zwingendem Völkerrecht nicht mehr zum Zuge kommen.

<sup>17</sup> Vgl. BGE 99 Ib 39.

<sup>18</sup> Ausführlich hierzu *Achermann*, in: Staatsvertrag (Fn. 11), 33 (43 ff.).

Zu teilweise heftigen Diskussionen gaben hingegen in den letzten Jahren einige Volksinitiativen Anlass, die mit völkerrechtlichen Verpflichtungen der Schweiz in Konflikt standen bzw. stehen oder bei denen ein solcher Konflikt zumindest nicht ausgeschlossen werden konnte bzw. kann.<sup>19</sup> Nach Art. 139 Abs. 2 BV sind Verfassungsinitiativen (nur<sup>20</sup>) dann für ungültig zu erklären, wenn sie zwingendes Völkerrecht (oder die Einheit der Materie oder der Form) verletzen. Damit stellt das zwingende Völkerrecht eine Schranke der Verfassungsrevision dar. Diese Regelung wirft mindestens drei grundsätzliche Fragen auf, die hier nur angedeutet werden können:<sup>21</sup>

- Erstens fragt es sich, ob der Begriff des zwingenden Völkerrechts auf das ius cogens-Konzept des Völkerrechts – dessen genauer Inhalt denkbar umstritten ist – verweist oder ob es sich hier um einen verfassungsrechtlichen Begriff handelt. Nach der hier vertretenen Ansicht sprechen die besseren Gründe für den zuletzt genannten Ansatz.<sup>22</sup> Aber auch damit bleiben die genauen Umrisse dieser Schranke der Verfassungsrevision unklar.<sup>23</sup> Vieles spricht hier dafür, den Begriff dahingehend zu präzisieren, dass er all diejenigen Normen umfasst, denen für die Schweiz ein zwingender Charakter zukommt, so dass sie sich aufgrund ihrer Einbettung in die Staatengemeinschaft der Geltung dieser Normen nicht entziehen kann. Hierzu gehören zweifellos die in der EMRK und den UNO-Menschenrechtspakten verankerten Grundrechte.
- Wie auch immer man den Begriff des zwingenden Völkerrechts bestimmt, fragt es sich weiter, ob auch Initiativen, die gegen sonstige völkerrechtliche Verpflichtungen der Schweiz verstossen, für nichtig erklärt werden können oder gar müssen. Die Bundesversammlung dürfte davon ausgehen, dass in diesen Fällen keine Nichtigerklärung erfolgen darf, wird doch regelmässig (nur) geprüft, ob eine Initiative zwingende Normen des Völkerrechts verletzt.<sup>24</sup> Folgt man der hier vertretenen Ansicht, dass der Vorrang des Völkerrechts gegenüber dem Landesrecht sich aus dem in der Verfassung verankerten Rechtsstaatsprinzip ergibt,<sup>25</sup> so müssten auch gegen sonstiges

<sup>19</sup> Vgl. ausführlich zur Problematik aus jüngerer Zeit *Robert Baumann*, Völkerrechtliche Schranken der Verfassungsrevision, ZBl. 2007, 181 ff.; *Helen Keller/Markus Lanter/Andreas Fischer*, Volksinitiativen und Völkerrecht: die Zeit ist reif für eine Verfassungsänderung, ZBl. 2008, 121 ff.; *Andreas Auer/Bénédicte Tornay*, Aux limites de la souveraineté du constituant: l'initiative „Pour des naturalisations démocratiques“, AJP 2007, 740 ff.; *Thomas Gächter/Matthias Kradolfer*, Von schwarzen Schafen. Gedanken zur Ausschaffungsinitiative aus juristischer Sicht, ASYL 1/08, 12 ff.; *Tristan Zimmermann*, Quelles normes impératives du droit international comme limite à l'exercice du droit d'initiative par le peuple?, AJP 2007, 748 ff.

<sup>20</sup> Abgesehen von undurchführbaren Initiativen, die ebenfalls für ungültig zu erklären sind.

<sup>21</sup> S. für eine ausführliche Diskussion der Probleme die Nachweise in Fn. 19.

<sup>22</sup> Bemerkenswert ist, dass auch das Bundesgericht in seiner Rechtsprechung den Begriff des zwingenden Völkerrechts weiter fasst als die unstreitig als ius cogens anerkannten Völkerrechtsnormen. Vgl. etwa BGE 126 II 325, 340. Hierzu *Baumann*, ZBl. 2007 (Fn. 19), 181 (187 f.).

<sup>23</sup> Vgl. die Ansätze zur Konkretisierung bei *Thürer*, Kosmopolitisches Staatsrecht (Fn. 3), 73 ff.

<sup>24</sup> A.A. aber etwa, m.w.N., *Thürer*, Kosmopolitisches Staatsrecht (Fn. 3), 74 f., der eine Nichtigerklärung offenbar auch bei einem Konflikt mit anderen Völkerrechtsnormen, denen „Überverfassungsrang“ zuzuerkennen ist, in Betracht zieht.

<sup>25</sup> S.o. III.1.a).

Völkerrecht verstossende Initiativen für nichtig erklärt werden, da sich alle Staatsgewalten – auch das Volk – an diesen, sich aus dem Rechtsstaatsprinzip ergebenden Grundsatz zu halten haben. Allerdings stösst dieser Ansatz auf gewisse Schwierigkeiten, da die Bundesversammlung wohl nicht das geeignete Organ ist, die doch in erster Linie rechtliche Frage nach der Vereinbarkeit einer Initiative mit Völkerrecht zu beantworten. Auch ist zuzugeben, dass die Frage nach der (Un-) Vereinbarkeit häufig umstritten sein wird.

- Gelangt eine völkerrechtswidrige Initiative zur Abstimmung und wird sie angenommen, resultiert hieraus ein Dilemma: Nach Art. 190 BV ist Völkerrecht anzuwenden, was grundsätzlich auch im Verhältnis zum Verfassungsrecht gilt. Andererseits hat sich eine Mehrheit von Volk und Ständen für eine völkerrechtswidrige Lösung ausgesprochen. Dieses Spannungsverhältnis ist – wie das Beispiel der Verwahrungsinitiative zeigt – kaum aufzulösen.

Vor diesem Hintergrund ist gerade die Behandlung völkerrechtswidriger Initiativen letztlich (auch) in einem Spannungsverhältnis von Rechtsstaatlichkeit und Demokratie angesiedelt, wobei der derzeitig vorherrschende Ansatz dahin geht, aus demokratiepolitischen Gründen von einer Nichtigerklärung von völkerrechtswidrigen Initiativen – die nicht das zwingende Völkerrecht (wie auch immer man dieses auslegt) betreffen – abzusehen und die Lösung der dadurch (im Falle der Annahme solcher Initiativen) entstehenden rechtlichen Probleme den politischen Kräften und den rechtsanwendenden Behörden zu überlassen. Dieser in der Regel durchaus zu befriedigenden Ergebnissen führende Ansatz (zumal die Annahme solcher Initiativen sehr selten ist) stösst jedoch bei einfach und klar formulierten Initiativen, die wenig bis keinen Auslegungsspielraum lassen und klar gegen völkerrechtliche Verpflichtungen verstossen, an seine Grenzen. Denn in diesen Fällen bleibt – auch in Anbetracht des Vorrangs des Völkerrechts und des Art. 190 BV – im Ergebnis in der Regel (jedenfalls immer dann, wenn eine Kündigung der betroffenen völkerrechtlichen Verträge, etwa der EMRK, nicht in Betracht kommt) nur die (teilweise) Nichtanwendung der durch die Initiative eingeführten Verfassungsbestimmung, womit die Frage aufgeworfen wird, ob dieses Ergebnis demokratiepolitisch hinnehmbar ist. Vor diesem Hintergrund könnte in Anbetracht des Rechtsstaatsprinzips und der Effektivität des Demokratieprinzips in Erwägung gezogen werden, in eng begrenztem Umfang (bei klar gegen völkerrechtlichen Verpflichtungen verstossenden und damit letztlich nicht umsetzbaren Initiativen) einen weiteren Ungültigkeitsgrund anzuerkennen und ggf. durch Verfassungsänderung einzuführen.

### *3. Zur Einbindung der Schweiz in die Europäische Union*



Aus Art. 140 Abs. 1 lit. b BV ergibt sich, dass ein Beitritt zu supranationalen Organisationen möglich ist. Damit sieht die Verfassung einen „Integrationshebel“ vor, der es ermöglicht, unter Beachtung der einschlägigen Verfahren (insbesondere dem obligatorischen Referendum) der Europäischen Union beizutreten und die damit verbundenen Verpflichtungen zu übernehmen. M.a.W. ist hiermit eine verfassungsrechtliche Grundlage für die Übertragung von Hoheitsrechten gelegt, und die Schweiz müsste die mit einem EU-Beitritt auf der Grundlage des geltenden EU-Rechts einhergehenden Verpflichtungen übernehmen bzw. ihnen nachkommen. Damit zeichnet sich die Verfassung auch in dieser Frage durch eine beachtliche Offenheit aus, stellt sie doch einen ausdrücklichen „Integrationshebel“ für die Mitgliedschaft in der EU zur Verfügung.

Die Frage eines EU-Beitritts ist damit insofern keine verfassungsrechtliche, sondern eine politisch zu lösende Frage. Derzeit steht bei der Gestaltung der Beziehungen zur Europäischen Union der sog. „bilaterale Ansatz“ im Vordergrund.<sup>26</sup> Die sog. „Bilateralen Verträge“ übernehmen teilweise Teile des gemeinschaftlichen Besitzstandes („acquis communautaire“), so dass insoweit von einem faktischen Einbezug der Schweiz in die entsprechenden unionsrechtlichen Regelungen auszugehen ist. Aufgrund des völkerrechtlichen Charakters der Verträge wirft diese Konstruktion jedoch verschiedene rechtliche und institutionelle Probleme auf (so vor allem diejenigen der Auslegung der Verträge und des Einbezugs der Schweiz in die Willensbildung auf europäischer Ebene).<sup>27</sup> Je weiter der materielle Anwendungsbereich und die Intensität der Einbindung in den gemeinschaftlichen Besitzstand (etwa in Bezug auf die Erfassung des zukünftigen *acquis communautaire*) und damit die „Teilintegration“ in die Unionsrechtsordnung gehen, desto dringender stellt sich die Frage, ob und inwieweit der „bilaterale Weg“ nicht an rechtliche und politische Grenzen stösst, so dass eine Weiterführung und ein Ausbau des „bilateralen Weges“ unweigerlich die Frage nach der Abwägung seiner Vor- und Nachteile mit den Vor- und Nachteilen einer EU-Mitgliedschaft aufwerfen.

#### IV. Zusammenfassende Schlussbemerkung

Insgesamt zeichnet sich die schweizerische Bundesverfassung durch eine bemerkenswerte Offenheit in Bezug auf die internationale Einbettung der schweizerischen Rechtsordnung und der Schweiz aus. Hierzu tragen insbesondere der monistische Charakter des Verhältnisses von

---

<sup>26</sup> Vgl. zu den „Bilateralen Verträgen“ aus institutioneller Sicht m.w.N. *Astrid Epiney/Annekathrin Meier/Robert Mosters*, Die Kantone zwischen EU-Beitritt und „Bilateralem Weg“. Bewertung ausgewählter europapolitischer Optionen aus rechtlicher Sicht, in: Konferenz der Kantonsregierungen (Hrsg.), Zwischen EU-Beitritt und bilateralem Weg: Überlegungen und Reformbedarf aus kantonaler Sicht, 2006, 77 ff.; s. ansonsten zu den einzelnen Verträgen die Beiträge in *Daniel Thürer/Rolf H. Weber/Wolfgang Portmann/Andreas Kellerhals*, Bilaterale Verträge I & II Schweiz – EU. Handbuch, 2007.

<sup>27</sup> Hierzu ausführlich *Epiney/Meier/Mosters* (Fn. 26).

Völker- und Landesrecht, der grundsätzliche Vorrang des Völkerrechts gegenüber Landesrecht sowie die vielfältigen Möglichkeiten der institutionellen Einbindung der Schweiz in internationale und supranationale Organisationen – verbunden mit der Möglichkeit der Übertragung von Hoheitsrechten – bei. Gleichzeitig ist nicht zu verkennen, dass aus rechtlicher Sicht nicht alle Fragen des Verhältnisses von Völker- und Landesrecht gelöst ist; erinnert sei an die „Schubert-Rechtsprechung“ und die Frage der Behandlung völkerrechtswidriger Initiativen. Es bleibt – insbesondere in Bezug auf den zuletzt genannten Problemkreis – hier zu hoffen, dass im Zuge sich häufender diesbezüglicher Probleme in der Praxis eine befriedigende Lösung – sowohl im Hinblick auf die Verwirklichung des Rechtsstaatsprinzips als auch die Achtung der (direkt-) demokratischen Rechte – gefunden werden kann.